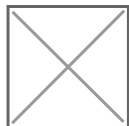


Direito Comparado: Os juristas que não traíram a História

01/08/2012



O jurisconsulto romano Papiniano foi condenado à morte pelo imperador Antonino Caracala em decorrência de sua negativa em fornecer argumentos para justificar o homicídio praticado pelo soberano de Roma contra seu próprio irmão.^[1] A História romana está repleta de exemplos de crimes cometidos por governantes contra seus (muitas vezes supostos) adversários políticos ou contra servidores que se furtaram a cumprir ordens.

O exemplo de Papiniano, conhecido por suas sentenças, que até hoje são usadas nas aulas de Direito Civil e por integrar o famoso “Tribunal dos Mortos”, é digno de registro por exaltar a peculiar relação entre os juristas e o poder político. Especialmente em regimes de exceção, parece ser muito necessária a palavra abonadora de um *expert* em Direito para contestar leis ou medidas administrativas de caráter arbitrário. Ocasionalmente, essas pessoas são convocadas a assumir posições de grande relevo na estrutura de poder, para além do mero aconselhamento jurídico.

O jurista, em princípio, é um homem da retórica e não das armas. O poder, esse corruptor insidioso, detém a bolsa e a espada. Com elas, persuade as consciências ou as faz se dobrar pelo medo da morte física. São Thomas Morus, o *lord chancellor* [durante séculos, a mais alta autoridade judicial britânica] do rei Henrique VIII, foi decapitado após uma sentença iníqua, baseada no depoimento forjado de seu antigo assessor Richard Rich, que ganhou a Procuradoria-Geral de Gales como prêmio por sua desonra. Morus temia a morte e não queria ser martirizado, a despeito de suas inegáveis convicções católicas. Confrontado com a ordem para que jurasse fidelidade ao Ato da Supremacia, que, dentre outras regras, indicava o rei da Inglaterra como chefe máximo da Igreja nas Ilhas britânicas, ele silenciou diversas vezes, a fim de não ser acusado de alta traição. Em um dos diversos julgamentos iniciados contra ele, o procurador de Justiça afirmou que seu silêncio era a mais eloquente prova de sua rejeição ao Ato da Supremacia. Ele redarguiu: “É verdade que o *ius commune* diz que quem silencia parece concordar. Se meu silêncio prova algo, é a aprovação ao Estatuto”. O procurador, tomado de ira, vociferou: “Pois jure submissão ao Ato!”. Morus, então, simplesmente silenciava. Nada disso adiantou. Morreu executado, não sem antes dizer que morria leal servo do rei Henrique, mas de Deus primeiro.^[2]

Se, em regimes democráticos, a hipótese da execução física é afastada, persistem outras modalidades de se constranger ou silenciar vozes dissonantes de uma suposta maioria conformista. Na maior parte dos casos, o julgamento histórico vem tardiamente e seus reparos não são suficientes. Resta, quando muito, tentar fazer alguma justiça, mesmo em relação aos mortos.

A esse propósito, quer-se prestar agora uma homenagem a seis juristas alemães, que se mantiveram fieis a algo indefinível. Honra? Altruísmo? Simples sentimento de dever ou de que realizavam nada mais do que lhes era exigido pelo cargo que ocupavam? Este colunista, até agora, não conseguiu decifrar o porquê de suas ações, tantas as possibilidades. Só sabe que foi algo bom. E isso é o bastante.

No final de janeiro de 1933, quando os nacional-socialistas chegaram ao poder na Alemanha, Hans Kelsen era diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Colônia. Ele corajosamente se manteve no cargo de catedrático, mas renunciou à direção. No entanto, com a promulgação da “Lei de Restauração do Funcionalismo”, de 7 de abril de 1933, ele viveu a seguinte situação: “Estava tomando o café da manhã e lendo o *Kölner Stadtanzeiger* [Diário de Colônia] quando minha mulher, que estava sentada diante de mim, disse: ‘O seu nome está no verso da folha!’ Era a notícia da minha demissão, da qual fiquei sabendo por esse meio”.^[3] Como explica Mathias Jesteadt, na nota explicativa à *Autobiografia* 161, “[n]o mesmo dia também foram demitidos, entre outros, os renomados juristas Hermann Heller (1891-1933), Hermann Ulrich Kantorowicz (Gnaeus Flavius, 1877-1940), Karl Loewenstein (1891-1973) e Hugo Sinzheimer (1875-1945)”.

E o que fizeram seus colegas de Faculdade de Direito? Com uma exceção, o jurista Carl Schmitt, todos os catedráticos mantiveram-se ao lado de Kelsen. Não ficaram no apoio nominal. Elaboraram uma petição em favor de Hans Kelsen, dirigida ao comissário do *Reich* para o Ministério de Ciência, Arte e Educação da Prússia, ao qual se subordinava a Universidade de Colônia. Os subscritores destacavam que a demissão de seu colega seria uma perda sensível para a universidade, além de uma mancha indelével no prestígio da Ciência alemã. Kelsen foi destacado como uma pessoa humana superior e extremamente valiosa, para além da excelsa figura do jurista internacional.

Não satisfeitos, os colegas instaram Carl Schmitt a que assinasse a petição. Eles tinham consciência de que sua firma naquele documento era de mais valor que todas as outras ali postas. Ele se negou a fazê-lo, apesar de ter sido Kelsen quem mais lutou para que Schmitt obtivesse a cátedra em Colônia e não fosse injustamente preterido.

O decano (*rectius*, diretor) da Faculdade, Hans Carl Nipperdey, dirigiu-se de carro até Berlim, com o inútil propósito de demover o governo da demissão de Kelsen. Sem o nome de Schmitt, o documento foi protocolarmente recebido e arquivado.

A história desenrolou-se, porém, da melhor forma para Kelsen. Demitido, ele ainda conseguiu fugir da Alemanha, com a incrível ajuda de um anônimo servidor subalterno da Faculdade, que era membro do Partido Nazista. Tivesse sua petição sido acolhida, é provável que ele não houvesse sobrevivido com o recrudescimento do regime nos anos seguintes, como bem anota seu grande biógrafo Rudolf Aladár Métall.^[4]

O paralelo entre o “jurista do regime” (Schmitt) e o “perseguido do regime” (Kelsen) é óbvio demais para ser explorado neste espaço. Interessa homenagear os corajosos nomes dos seis catedráticos de Colônia, “que subscreveram o documento, com elevado custo, no futuro, para suas carreiras (e suas vidas). Ao firmar esse pedido, eles se vinculavam a um homem caído em

desgraça e atraíam para si as suspeitas do regime nazista, mas inscreviam seus nomes na História”.[5]

O primeiro deles é Hans Carl Nipperdey (1895-1968), professor da Universidade de Colônia, onde lecionou Direito Civil, Direito do Trabalho e Direito Comercial. Nipperdey foi um dos coautores da famosa coleção de Direito Civil dirigida por Ludwig Ennecerus, cuja tradução espanhola é muito difundida no Brasil, na edição da prestigiosa Bosch, de Barcelona. Nipperdey criou a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais entre os particulares (*Theorie der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte*), de grande divulgação no país. Após o fim do regime nazista, o governo da República Federal da Alemanha indicou-o como primeiro presidente do Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgerichts*), equivalente brasileiro ao Tribunal Superior do Trabalho. Sua assinatura inaugurava a petição dirigida ao Ministério prussiano e sua ida até Berlim foi um ato de extrema coragem, seja sob a perspectiva da época, seja sob o olhar retrospectivo.

O segundo subscritor foi Heinrich Lehmann (1876-1963), professor e reitor da Universidade de Colônia. Lehmann também é muito conhecido pela condição de coautor da coleção de Direito Civil dirigida por Ludwig Ennecerus. Colega de bancos escolares de Konrad Adenauer, futuro chanceler da Alemanha Federal no pós-guerra, Lehmann conservou essa amizade por toda a vida. Católico praticante, ele integrou a Associação dos Estudantes Católicos. Mecenas e apreciador de música e de Belas-Artes, Lehmann foi homenageado por diversas universidades alemãs no final de sua vida.

Hans Planitz (1882-1954), outro dos peticionantes em favor de Kelsen, ocupou o cargo de reitor da Universidade de Colônia, onde lecionou História do Direito alemão. Durante seu mandato na Reitoria (1929-1930), Planitz posicionou-se firmemente contra as atividades nazistas dentro da instituição. Em um desses episódios, ele impediu a colocação de uma imensa faixa da Associação Nacional-Socialista dos Estudantes dentro do *campus*. Planitz era um profundo estudioso de Direito medieval alemão, com grandes conhecimentos clássicos. Ele radicou-se em Viena no final da vida. Sofreu restrições em sua carreira universitária, como preço por seu engajamento antinazista, mas conservou seu nome internacionalmente.

Kelsen também foi apoiado por Godehard Josef Ebers (1880-1958), professor de Direito Eclesiástico e reitor da Universidade de Colônia (1932-1933). Ebers sofreu perseguições do regime nazista, especialmente após ter-se recusado a saudar a bandeira com a suástica, em uma solenidade universitária. Sua condição de militante católico e a autoria de discursos em prol da reforma da Constituição de Weimar contra a ascensão do Estado nazista colocaram-no sob suspeita do regime e fizeram-no sofrer pesadas perseguições. Ele perdeu seu cargo e emigrou para a Áustria, onde passou a lecionar, até que nova sanção política o exautorasse da cátedra universitária em Innsbruck. Ele teve sua pensão cassada e experimentou sérias privações econômicas. Após a guerra, Ebers reconquistou sua posição na universidade e se tornou juiz do Tribunal Constitucional austríaco.

Menos conhecido, Albert Aloysius Egon Coenders (1883-1963) foi professor de Direito Penal e Processual Penal na Universidade de Colônia. E, finalmente, também subscreveu a petição o professor de Direito Penal em Colônia Gotthold Bohne (1890-1957), que ocupou o cargo de

reitor por dois mandatos (1949-1950 e 1950-1951). Hans Welzel, o famoso criminalista, foi seu assistente em Colônia.[6]

A História tem a função de dar exemplos. Mesmo em períodos de trevas e de medo, a coragem pode fecundar e imprimir no espírito humano alguma crença de que os valores civilizatórios devem (e podem) prevalecer em face da barbárie. Nos regimes democráticos, são cada vez mais apagados os rumos que distinguem o caminho reto daquele tortuoso e cínico. Sem glórias ou martírios, cabe ao homem deste tempo discernir com maior acuidade. Esse é, contudo, um preço muito baixo para se viver em uma Democracia.

[1] IGLESIAS, Juan. **Derecho romano**. 12. ed. Barcelona: Ariel, 1999. p. 36-38.

[2] KELLY, Henry Ansgar. Thomas **More's by Jury: A procedural Review**. Conference 7-9 November 2008. Disponível em www.thomasmorestudies.org/.../Kelly2008.pdf -. Acesso em 3.4.2012)

[3] KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Introdução de Mathias Jestaedt . Estudo introdutório de Otavio Luiz Rodrigues Junior e José Antonio Dias Toffoli. 4. ed. Rio de Janeiro :Forense, 2012. p. 95.

[4] DIAS TOFFOLI, José Antonio; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias (Estudo introdutório para a edição brasileira da 'Autobiografia' de Hans Kelsen). In. KELSEN, Hans. **Op. cit.** p. XLVI.

[5] DIAS TOFFOLI, José Antonio; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias (Estudo introdutório para a edição brasileira da 'Autobiografia' de Hans Kelsen). In. KELSEN, Hans. **Op. cit.** p. XLVI.

[6] Essas notas biográficas são formas estendidas de material extraído de: DIAS TOFFOLI, José Antonio; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias (Estudo introdutório para a edição brasileira da 'Autobiografia' de Hans Kelsen). In. KELSEN, Hans. **Op. cit.** p. XLVI.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2012-ago-01/direito-comparado-juristas-alemaes-nao-trairam-historia/>